

Rapport de la Fédération suisse des avocats sur l'avant-projet (AP) de loi fédérale de procédure civile (LPC)

I Remarques préliminaires et générales

La Fédération suisse des avocats (ci-après FSA) tient à rappeler qu'elle a appelé de ses vœux l'unification de la procédure civile sur tout le territoire de la Confédération.

Elle se félicite donc qu'une procédure de consultation ait pu être lancée trois ans à peine après le vote du peuple et des cantons qui en a admis clairement le principe.

Même si le principe de l'unification n'avait ainsi plus à être discuté, il n'en faut pas moins regretter le peu de temps mis à disposition pour examiner un projet de près de 400 articles, la procédure de consultation s'étant ouverte à la veille de la pause estivale.

Au vu de l'importance du sujet, certes pour les avocats en particulier, mais aussi pour tous les justiciables, la FSA a chargé une commission spéciale de préparer sa réponse.

Cette commission était composée de, tous membres de la FSA :

Mes Jean-Marc Reymond à Lausanne, président, Martin Bernet à Zurich, Stephen Berti à Zurich, Brenno Brunoni à Lugano, Michel Ducrot à Martigny, Louis Gaillard à Genève, Andreas Güngerich à Berne, Philippe Schweizer à Neuchâtel, et Daniel Staehelin à Bâle.

Les membres de la commission n'ont pas pris le parti d'examiner l'avant-projet à la lumière de la loi de procédure civile du canton dans lequel ils pratiquent le barreau. Autrement dit les propositions de l'avant-projet n'ont pas été remises en cause au seul motif qu'elles seraient de l'avis de tel ou tel moins adéquates que celles que consacre la loi de procédure qu'il pratique, voire seulement différentes de celle-ci. Personne ne s'est considéré, par principe, comme le défenseur d'une loi de procédure en particulier.

Malgré cette absence de parti pris, il va de soi que chacun avait comme référence, unique dans la plupart des cas, la loi de procédure qu'il connaît le mieux, celle qu'il pratique au quotidien : son avis sur les solutions proposées dans l'avant-projet aura été directement influencé par l'opinion, bonne ou mauvaise, qu'il a des différentes institutions et procédures consacré par son code de procédure cantonale.

On peut lire dans le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet (ci-après le Rapport) que celui-ci « *ne s'inspire ni d'un code étranger, ni d'un code cantonal de procédure civile. En effet, la commission d'experts a décidé de concevoir un code de procédure civile aux caractéristiques propres* » (p. 14). Qu'il soit permis ici de regretter que l'avant-projet ne soit pas une compilation de tout ce qu'il y a d'excellent – et qui a fait ses preuves – dans les procédures cantonales actuelles. On ne peut qu'être peu convaincu par l'affirmation qui figure dans le Rapport à la suite de la citation qui précède: « ... le résultat de[s] () travaux [de la commission d'experts] s'appuie très nettement et

étroitement sur l'actuel droit cantonal de procédure civile () d'abord [parce que] la plupart des lois cantonales concordent fondamentalement sur de nombreux points ». A titre d'exemple le Rapport cite « le principe selon lequel le tribunal ne peut pas adjuger à une partie plus ou autre chose que ce qu'elle demande, mais pas moins non plus que ce que reconnaît la partie adverse (maxime de disposition). Par ailleurs, il est en principe du devoir des parties de soumettre au tribunal les faits du litige et d'en administrer la preuve (maxime des débats) ». Il est évident que si l'on prend comme référence ces deux principes, toutes les lois de procédure cantonales se ressemblent. Mais cela nous paraît faire peu de cas de la diversité et de la richesse de nos codes de procédure civile.

Il est apparu qu'il existait au sein des membres de la commission des conceptions très différentes à propos de certains sujets et institutions. A plusieurs reprises, on a pu constater que les sensibilités alémanique et latine divergeaient, conduisant parfois à des décisions prises à de courtes majorités. Tel fut par exemple le cas, sur le rôle du juge et en particulier sur le point de savoir si celui-ci *pouvait* ou *devait* interpellé la partie (en particulier celle qui ne serait pas assistée) dont les déclarations ou les actes sont peu clairs ou incomplets, contradictoires ou imprécis (art. 51 AP). Sur cette question, deux conceptions sur le rôle du juge se sont opposées au sein de la commission. Celle des Latins pour lesquels la mission du juge est de juger et non pas de conseiller et celle des avocats alémaniques qui se sont fondés sur leur expérience pour affirmer que cette extension du rôle du juge ne pose pas de problème en pratique.

Ces divergences concernaient non seulement le rôle du juge, mais également l'étendue du pouvoir d'appréciation qui lui était laissé par la loi de procédure : les latins ont régulièrement défendu des dispositions fixant de manière relativement précise la procédure sur telle question, alors que les alémaniques ont affiché leur préférence pour des solutions laissant plus de place à l'appréciation du tribunal.

Face aux divers problèmes et questions abordés, la commission a adopté une approche pragmatique, plutôt que dogmatique. Ont ainsi été examinées les conséquences pratiques probables d'une norme, plutôt que la question de savoir si cette norme avait bien sa place dans une loi de procédure civile fédérale. La commission a constamment travaillé avec pour objectif de faire des suggestions concrètes pouvant remplacer une solution proposée dans l'avant-projet ou s'intégrer à celui-ci. C'est ainsi qu'à de nombreuses reprises, elle a fait des propositions sous forme de dispositions d'ores et déjà rédigées ou suggéré des modifications sur des points précis, voire même parfois sur des questions de formulation ou de traduction (par exemple lorsque le terme d'« *instance* » est utilisé dans le sens de « *jurisdiction* »). Elle visait ainsi à rendre plus facilement utilisable par les rédacteurs du futur projet le résultat de ses débats et réflexions.

Une dernière remarque : le présent rapport reflète souvent mal l'intensité et la durée de ses débats et de ceux de la commission et du Conseil. Certaines dispositions de l'avant-projet ont été longuement discutées pour finalement être approuvées, ne serait-ce qu'en raison de l'impossibilité de trouver une majorité pour une solution alternative. Les différences de conceptions et de sensibilités susmentionnées ne sont certainement pas étrangères à cette situation. Le fait que ce rapport ne mentionne pas telle disposition ne signifie donc pas que la commission ne s'y soit pas arrêtée. Par ailleurs, de nombreuses dispositions ont été approuvées implicitement, sans provoquer de discussions.

II Commentaires et propositions concernant certaines dispositions de l'avant-projet

PARTIE 1 : Dispositions générales

Titre 2 : Compétence des tribunaux et récusation

Chapitre 1 Compétence à raison de la matière et de la fonction

Article 3 Double degré de juridiction

La FSA soutient l'introduction du principe de la double juridiction au niveau cantonal, même si une telle norme relève de l'organisation judiciaire que l'avant-projet laisse dans la compétence des cantons. Ce principe tend en effet à ce que le plus grand nombre d'affaires se liquident devant les cours cantonales et vise donc ouvertement à décharger le Tribunal fédéral. Elle a pour conséquence que les affaires susceptibles de recours au Tribunal fédéral pourront être portées devant trois degrés de juridiction.

Article 4 Instance cantonale unique

Terminologie : la FSA adhère à l'avant-projet sous réserve d'une question terminologique concernant le texte français de l'al. 2: le terme «instance» devrait être réservé à la désignation du rapport de droit créé par le procès. Il ne devrait pas être utilisé pour désigner une juridiction ou un tribunal¹. Nous proposons donc de modifier cette disposition de la manière suivante :

- al. 2 Dans ces cas, cette juridiction est également compétente pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant la litispendance.**

Article 6 Action directe devant la juridiction supérieure

Terminologie : la FSA approuve cette disposition sous réserve de l'utilisation du terme «instance» qui doit être remplacé par celui de «juridiction».

Chapitre 2 Compétence à raison du lieu

Nous approuvons la solution retenue dans l'avant-projet consistant à reprendre, en principe, les règles de la loi fédérale sur les fors (LFors) entrée en vigueur le 1er janvier 2001. Il s'agit d'une législation récente qui peut être intégrée dans la LPC. Cela étant, les remarques suivantes s'imposent:

¹ Cf. Tercier Pierre, La recherche et la rédaction en droit suisse, Fribourg 1991, p. 255.

Section 2 *Droit des personnes*

D'abord, l'avant-projet comporte une lacune en tant qu'il n'a pas repris l'article 12 LFors. Cela doit résulter d'une inadvertance. Nous proposons, dès lors, d'introduire un nouvel article ayant le contenu suivant :

Article X Protection de la personnalité et protection des données

Le tribunal du domicile ou du siège de l'une des parties est compétent pour connaître :

des actions fondées sur une atteinte à la personnalité ;

des actions en exécution du droit de réponse ;

des actions en protection du nom et en contestation d'un changement de nom ;

des actions et requêtes fondées sur l'art. 15 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données.

Section 5 *Droits réels*

Article 25 Immeubles

Ensuite, la FSA propose des modifications de l'article 25. D'abord, pour éviter tout problème d'interprétation, il serait souhaitable de consacrer d'une façon claire la règle de la *lex rei sitae*. Nous sommes en outre d'avis que, pour les actions réelles au sens strict, le for doit être impératif et, pour les autres actions en relation avec un immeuble, il doit être alternatif et dispositif. La FSA propose donc le nouveau texte suivant :

Article 25 Immeubles

al. 1 Le tribunal du lieu de situation est impérativement compétent pour connaître des actions réelles et des actions intentées contre la communauté des propriétaires par étages.

al. 2 D'autres actions en rapport avec l'immeuble telle que l'action visant au transfert de la propriété foncière ou à la constitution de droits réels limités peuvent être portées devant le tribunal du lieu de situation ou le tribunal du domicile ou du siège du défendeur.

al. 3 Lorsque l'action concerne plusieurs immeubles, est compétent le tribunal du lieu où est situé l'immeuble ayant la plus grande surface.

al. 4 [selon l'avant-projet]

Section 6 Actions découlant d'un contrat

Article 27 Principe

La FSA préconise dans toute la mesure du possible, l'harmonisation de la PCS avec la convention de Lugano révisée.

Il y a lieu ainsi de relever que le texte proposé n'est pas en harmonie avec l'article 5 ch. 1er CL (selon lequel est compétent le tribunal du lieu *où l'obligation qui sert de base à la demande* a été ou doit être exécutée) ni avec le projet de modification de cette convention².

Il convient donc d'apporter les corrections nécessaires.

Article 31 Renonciation aux fors légaux

La FSA adhère à l'article 31 AP qui modifie le droit actuel (voir art. 21 LFors): pour les fors partiellement impératifs, l'entrée en matière sur le fond (*Einlassung*) crée aussi la compétence sans qu'il soit nécessaire que le défendeur (consommateur, locataire, travailleur) déclare expressément l'accepter.

Chapitre 3 Récusation

Article 43 Motifs de récusation

Faut-il prévoir que le juge de la conciliation ou médiateur ne peut pas fonctionner ultérieurement comme juge (lettre c)? Après des débats nourris de sa commission et vu la jurisprudence nuancée rendue sur cette question par le Tribunal fédéral³, la FSA se rallie au texte de l'avant-projet.

² Cf. Markus Alexander R., Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano, zu den Hauptpunkten, RSDAF 1999, p. 210 ss.

³ Voir par exemple ATF 119 Ia 81, cons. 4b ; voir également la décision de la Commission fédérale de la communication du 25 avril 2003, VPB/JAAC 67 no 90.

Article 44 Procédure de récusation

Le qualificatif « aussitôt » a suscité des discussions. Etant donné que l'exigence est connue de plusieurs textes légaux (art. 180 al. 2 LDIP, art. 25 OJ, art. 20 CIA) et qu'elle a été précisée par le Tribunal fédéral⁴, la FSA se rallie au texte de l'avant-projet.

Article 45 Inobservation des règles sur la récusation

Le délai de cinq jours de l'article 45 al. 1 est beaucoup trop court. Il sera souvent nécessaire que le mandataire d'une partie consulte son client si bien qu'un délai de dix jours est un minimum.

Titre 3 : Principes de procédure et conditions de recevabilité

Chapitre 1 Principes de procédure

Article 51 Interpellation par le tribunal

Après d'intenses débats de sa commission sur le rôle du juge et en particulier sur le point de savoir si le juge *peut* ou *doit* interpellier la partie, en particulier celle qui ne serait pas assistée, lorsque ses actes ou ses déclarations ne sont pas clairs, la FSA propose de modifier le texte de l'article 51 AP en reprenant l'article 55 ZPO ZH:

Article 51 Richterliche Fragepflicht

Ist das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig, widersprüchlich oder unbestimmt, so ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung.

Cette disposition, qui a fait ses preuves à Zurich, donne au juge un large pouvoir d'appréciation (« *insbesondere* ») sur la manière de procéder dans chaque cas particulier, selon que le plaideur est ou n'est pas assisté d'un avocat.

Convention de procédure

Baucoup de codes cantonaux consacrent expressément la convention de procédure. Elle permet aux parties de déroger à des règles qui ne sont pas impératives. Un tel instrument doit être mis à disposition des justiciables, mais avec un pouvoir de contrôle du juge.

⁴ Voir notamment ATF 126 III 249, cons. 3c et d.

La FSA propose donc d'ajouter un nouvel article :

Article 53 bis Convention de procédure

Les conventions de procédure ne sont valables que si elles sont ratifiées par le juge. Ces conventions peuvent notamment avoir pour objet la prolongation des délais prévus par la présente loi, la suspension de l'instance, les preuves ou la langue du procès.

Promptitude et économie de l'instruction

La FSA suggère également l'introduction d'une disposition consacrant le principe de célérité et d'économie de la procédure sur le modèle de l'article 1er al. 3 CPC VD:

Article 53 ter Principe de célérité

Le juge doit veiller à ce que l'instruction soit autant que possible prompte et économique.

Chapitre 2 Conditions de recevabilité

Articles 55 et 55 bis

L'article 55 AP – certes repris de la LFors – est insuffisant. Il n'indique pas à partir de quel stade de l'instance l'examen doit se faire. Par ailleurs, ce stade peut varier selon que le for est impératif ou non. Par ailleurs, il convient de régler la question de la sanction en cas de violation d'une condition de recevabilité. Pour ce qui concerne en particulier la litispendance, il y a lieu de reprendre le régime actuel consacré par les art. 35 LFors et 21 CL.

Texte proposé :

Article 55 : Examen des conditions de recevabilité

al. 1 Le tribunal n'examine la violation d'une règle de compétence dispositive ou partiellement impérative que si le moyen est soulevé dans la réponse.

al. 2 Les autres conditions de recevabilité sont prises en considération d'office, en tout temps, y compris devant l'autorité de recours.

Article 55 bis: Sanctions

al. 1 Le tribunal sanctionne la violation d'une règle instituée à l'article 54 par une décision d'irrecevabilité.

al. 2 En cas de litispendance, le tribunal saisi ultérieurement surseoit à la procédure jusqu'à ce que le tribunal saisi en premier lieu ait statué sur sa compétence. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.

Articles 60

La représentation conventionnelle devant les tribunaux doit être réservée à des mandataires professionnels sous réserve de dispositions contraires de droit fédéral, cantonal ou résultant de traités internationaux.

Texte proposé :

Article 60 : Représentation conventionnelle

- al. 1** **Toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès, par un avocat de son choix, autorisé à pratiquer la représentation en justice en Suisse.**
- al. 2** **Le mandataire doit justifier de ses pouvoirs par une procuration écrite.**
- al. 3** **La révocation de la procuration ou la renonciation au mandat est portée sans délai à la connaissance du tribunal et de la partie adverse.**
- al. 4** **Le tribunal peut ordonner la comparution personnelle des parties.**
- al. 5** **Les dispositions contraires de droit fédéral ou cantonal sont réservées.**

Titre 4 : Des parties et de la participation de tiers au procès

Chapitre 4 Intervention

Articles 65 à 68 bis

L'avant-projet ne traite pas expressément de l'intervention principale (ou agressive, qui permet à un tiers d'intervenir spontanément dans le procès et de prendre des conclusions pour lui-même contre l'une ou l'autre partie). Le Rapport indique que ce type d'intervention est néanmoins possible. Il nous paraît nécessaire de le dire clairement et de consacrer les deux institutions : l'intervention accessoire (qui permet uniquement au tiers de soutenir la cause de l'une des parties au procès) et l'intervention principale (ou agressive).

La FSA propose l'adoption du texte suivant:

Article 65 : Principe

Quiconque rend vraisemblable un intérêt juridique suffisant peut en tout temps intervenir à titre accessoire ou à titre principal et présenter au tribunal une requête à cet effet.

Article 66 : Requête

La requête en intervention indique :

- a) le motif de l'intervention ;
- b) la partie en faveur de laquelle elle a lieu si l'intervention est accessoire ;
- c) les conclusions de l'intervenant si l'intervention est principale.

Article 67 : Droits de l'intervenant accessoire

La note marginale est précisée par le qualificatif « accessoire » ; le reste de l'article est inchangé.

Article 68 : Effets de l'intervention accessoire sur le procès récursoire

La note marginale est précisée par le qualificatif « accessoire » ; le reste de l'article est inchangé.

Nouvel article :

Article 68 bis : Droits de l'intervenant principal et effets de son intervention

L'intervenant principal devient partie au procès ; il assume la position d'un demandeur.

Chapitre 5 Dénonciation d'instance et appel en cause

La FSA approuve la mise en œuvre des deux institutions, l'une d'inspiration germanique – la dénonciation d'instance – et celle d'inspiration française – l'appel en cause – que l'on retrouve, comme indiqué dans le Rapport dans les cantons de Vaud et Genève, mais aussi en Valais. Ce canton a, au demeurant, consacré dans son code de 1998, à l'instar de l'avant-projet, les deux institutions : la dénonciation d'instance aux art. 51 et 52 CPC VS et l'appel en cause aux art. 53 à 56 CPC VS.

Section 1 Dénonciation d'instance

L'avant-projet contient une lacune en tant qu'il ne dit rien sur les effets d'une dénonciation d'instance (cf. par exemple l'art. 50 CPC BE). Nous proposons de prévoir un renvoi à l'art. 68 AP.

Nouvel article :

Article 70 bis Effets de la dénonciation d'instance

La dénonciation a les mêmes effets que l'intervention accessoire (art. 68).

Section 2 Appel en cause

Article 71 Conditions

La FSA propose de reformuler l'article 71 et d'ajouter une restriction pour le cas où l'appel en cause conduirait à une complication excessive du procès (al. 4).

Article 71 Conditions

- al. 1 Une partie peut appeler un tiers en cause lorsqu'elle entend prendre des conclusions à son encontre dans l'hypothèse où elle devrait succomber.**
- al. 2 L'appel en cause est recevable aux conditions cumulatives suivantes :**
- si l'appelant rend vraisemblable la demande éventuelle qu'il entend introduire ;
 - si le tribunal est compétent pour en connaître à raison de la matière ;
 - si la même procédure est applicable.
- al. 3 L'appelé en cause ne peut pas tenter à son tour un appel en cause.**
- al. 4 S'il en résulte une complication excessive du procès, le tribunal refuse l'appel en cause.**

Dans tous les cas la première phrase de l'art. 71 al. 1, dans sa version en langue allemande devrait être corrigée par la suppression de « ...neben der Streitverkündung... ».

Titre 5 : Actions

Article 75 Action en paiement non chiffrée

Formulation : les termes français « prétention » et « demande » sont mieux adaptés que « créance » et « action ».

Article 79 Action des organisations

La FSA, à la suite de sa commission unanime, rejette l'article 79 AP qui étend notablement la qualité pour agir des associations et organisations par rapport au droit actuel. Il convient de s'en tenir à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵ et, partant, de supprimer cette disposition.

⁵ Cf. Jeandin Nicolas, *Partie au procès. Mouvement et (r)évolution*, Zurich 2003, p. 97 à 99 ; voir également les propositions de codification faites par cet auteur, p. 103 ss, sp. p.109.

Article 80 Demande reconventionnelle

Formulation : les termes « a une connexité avec l'action principale » doivent être remplacés par « est connexe à la demande principale ».

Titre 6 : Valeur litigieuse

Article 82 En général

Nous proposons de remplacer l'article 82 par l'article 36 de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ), soit par le texte suivant :

- Article 82 En général**
- al. 1 **La valeur de l'objet litigieux est déterminée par les conclusions de la demande.**
- al. 2 **Lorsque la demande ne conclut pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, le tribunal fixe d'office, au préalable, la valeur litigieuse en la forme sommaire et selon sa libre appréciation, au besoin après avoir consulté un expert.**
- al. 3 **N'entrent pas en ligne de compte pour la détermination de la valeur litigieuse les intérêts, les fruits, les frais judiciaires et les dépens qui sont réclamés comme droits accessoires, ni les droits réservés et la publication du jugement.**
- al. 4 **Les revenus et les prestations périodiques ont la valeur du capital qu'ils représentent.**
- al. 5 **Si leur durée est indéterminée ou illimitée, le capital est formé par le montant annuel du revenu ou de la prestation, multiplié par vingt, ou, s'il s'agit de rentes viagères, par la valeur actuelle du capital correspondant à la rente.**

Au surplus les règles sur le calcul de la valeur litigieuse doivent correspondre aux dispositions de la future loi sur le tribunal fédéral.

Titre 7 : Frais judiciaires et assistance judiciaire gratuite

Chapitre 1 Frais judiciaires.

Article 86 Définition

Au terme d'un débat nourri de sa commission, la FSA estime opportun qu'un tarif soit établi plutôt que de laisser le juge apprécier librement le montant des dépens. Elle opte pour la variante proposée par l'avant-projet à l'article 86 al. 4 : c'est au Conseil fédéral de fixer le tarif, ceci afin d'assurer un accès égal à la justice dans l'ensemble de la Suisse.

Article 91 Avance des frais de la procédure probatoire

L'intérêt public postule seulement que l'Etat soit couvert par rapport au risque financier découlant de la mise en œuvre des preuves (p. ex. lorsque le tribunal désigne un expert). Aller au-delà, comme le permet l'article 91 al. 2 AP n'est pas justifié. Il convient de supprimer cette disposition.

L'article 91 al. 3 AP, seconde phrase, ne traite que d'un cas où la maxime inquisitoire est applicable. Il convient de mentionner les autres cas relevant de cette maxime.

Texte proposé :

- Art. 91 Avance des frais de la procédure probatoire**
- al. 1 [selon l'avant-projet]**
- al. 2 Lorsque plusieurs parties requièrent l'administration de la même preuve, le tribunal répartit le montant de l'avance entre elles.**
- al. 3 Si l'avance n'est pas fournie dans un bref délai de grâce, les preuves ne sont pas administrées. L'administration des preuves dans les affaires relevant de la maxime inquisitoire est réservée.**

Chapitre 2 Répartition des frais judiciaires

Article 99 Frais judiciaires inutiles

La FSA propose la suppression de la seconde phrase de l'article 99 AP.

Chapitre 4 Assistance judiciaire gratuite

Article 106 Étendue

La médiation est un procédé de liquidation des litiges qui est appelé à se développer. Il est justifié de la prendre en compte dans la loi de procédure civile. Il s'impose, dès lors, d'ajouter à l'article 106 al. 3 AP la phrase suivante :

... précédant la préparation du procès ou pour la mise en œuvre d'une médiation recommandée par le juge.

Article 107 Assistance gratuite d'un défenseur

Nous suggérons une rédaction différente de l'article 107 al. 2 AP, seconde phrase:

al. 2, seconde phrase: Si la créance de dépens ne peut être recouvrée, le découvert est payé par l'Etat qui est subrogé à la partie assistée.

Article 108 Demande et procédure

La FSA suit la majorité de sa commission qui se prononce en faveur de l'al. 2 de cette disposition : il se justifie que le requérant expose, à l'appui de sa demande d'assistance judiciaire gratuite, les moyens de preuve qu'il entend invoquer.

Au surplus, la partie adverse doit toujours être entendue dans la procédure d'octroi de l'assistance judiciaire gratuite. Il y a donc lieu de reformuler l'art. 108 al. 4 de la manière suivante:

al. 4 La partie adverse est entendue.

Titre 8 : Conduite du procès, actes de procédure et délais

Chapitre 1 Conduite du procès

Article 113 Principes

La FSA propose de modifier l'article 113 al. 2 qui aurait la teneur suivante :

al. 2 Es kann jederzeit versuchen eine Einigung der Parteien, allenfalls im Rahmen einer Mediation, herbeizuführen.

Article 114 Instruction du procès

La FSA est d'avis qu'il faut élargir le champ d'application de cette disposition et propose en conséquence la nouvelle formulation suivante :

- al. 1 **Le tribunal peut déléguer à un ou plusieurs de ses membres tout ou partie de l'instruction de la cause, en particulier les décisions relatives au déroulement de l'instance, l'administration des preuves et les mesures provisoires.**

- al. 2 **Il peut en tout temps modifier, d'office ou sur requête les décisions prises en vertu de la délégation, dans la mesure où elles ne sont pas sujettes a recours.**

En revanche, la FSA rejette une proposition d'introduire une procédure de recours (*Kammerrekurs*) contre les décisions prises par le juge délégué sur le modèle bâlois.

Article 115 Simplification du procès

Terminologie : l'expression « limiter la procédure » à l'article 115 lit. a et b. n'est pas très heureuse. Il faudrait réunir les deux lettres de la façon suivante :

let. a et b examiner préalablement des questions ou des conclusions déterminées.

Il y a lieu en outre de noter qu'à nos yeux un examen préalable ne peut être entrepris que s'il peut déboucher sur une décision incidente « art. 229 AP » et que cet examen préalable requiert l'accord des parties.

Article 118 Urgence

L'article 118 AP tel que proposé contient le risque d'une « justice à deux vitesses » selon une appréciation subjective des juges. Cela n'est pas acceptable. Les affaires considérées comme urgentes doivent être désignées dans la loi.

Chapitre 2 Forme des actes de procédure

Section 2 Citations

Article 124 Contenu

Même si cette question relève de la compétence des cantons, l'article 124 lit. f AP devrait être complété comme il suit :

... et la signature du juge ou du greffier.

En outre, la citation devrait indiquer la désignation et la composition du tribunal, comme il est dit à l'art. 127 AP.

Article 125 Délai

La formulation de l'article 125 devrait être modifiée de la façon suivante :

En règle générale et sauf disposition contraire de la présente loi, la citation doit être notifiée dix jours au moins avant l'audience.

Nous comprendrions que, pour des questions d'organisation, le délai commence à courir dès l'expédition de la citation. Ce dernier devrait être alors allongé (vingt jours, par ex.), sauf cas d'urgence que la citation devrait indiquer.

Article 126 Renvoi de l'audience

La commission propose de simplifier cette disposition et de la formuler de la manière suivante :

Le tribunal peut renvoyer l'audience en cas de justes motifs.

Section 3 **Décision**

Article 127

Il faut compléter l'article 127 al. 1 lit. i de la façon suivante :

let. i **... la signature du juge ou du greffier.**

Quant au second alinéa de cette disposition, il doit être formulé comme il suit :

al. 2 **La décision peut contenir des avis de minorité.**

Section 4 **Notification**

Article 130 Forme

Il s'impose d'ajouter « *au moins* » après seize ans révolus à l'article 130 al. 2.

Chapitre 3 **Délais, défaut et restitution**

Section 1 **Délais**

Article 137 Prolongation

Une majorité de la commission a considéré que cette disposition (selon laquelle une première prolongation de délai peut être accordée en présence de raisons suffisantes, mais qu'une deuxième prolongation exige de justes motifs) était inutilement restrictive. Pour laisser au juge plus de liberté dans l'appréciation des circonstances, la FSA propose de simplifier l'al. 2 de cette disposition de la manière suivante:

Les délais fixés par le juge peuvent être prolongés en cas de motifs suffisants [zureichend / pertinenti].

Section 2 *Défaut et restitution*

Articles 142 à 144

Terminologie : à l'article 142 al. 2, il faut remplacer, dans le texte français, « défaillance » par « défaut ».

Par ailleurs, la comparaison des termes utilisés dans les différentes langues fait douter de la portée exacte de ces dispositions : visent-elles le défaut d'une partie (par exemple à une audience) ou seulement les conséquences de l'inobservation d'un délai ? Pour lever cette ambiguïté, la commission propose d'intituler la section 2 « Défaut et restitution d'un délai ou d'un autre acte de procédure ».

Enfin, il faut traiter de la même manière l'inobservation d'un délai qu'il soit fixé par le juge ou par la loi : dans les deux cas, il doit pouvoir être restitué si son inobservation ne résulte que d'une faute légère. Dans les autres cas, autrement dit, si la faute n'est pas légère, la restitution peut être accordée moyennant consentement de la partie adverse et demande sans retard.

En conséquence de quoi, la FSA propose le nouvel art. 143 suivant :

Article 143 Restitution

- al. 1 La partie défaillante peut demander la restitution d'un délai, légal ou judiciaire, ou obtenir le droit d'accomplir l'acte qu'elle n'a pas effectué ou auquel elle n'a pas participé en rendant vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère.**
- al. 2 Il peut également accorder la restitution si la partie adverse y donne son accord et pour autant que la restitution ait été demandée dans les vingt jours dès l'échéance du délai.**

Article 145 Objet de la preuve

Cette disposition doit être formulée différemment pour que la preuve concernée ne dépende pas du bon vouloir du juge :

- al. 1 Sans changement.**
- al. 2 Sont réputés contestés les faits, l'usage ou les usages locaux qui ne sont pas admis en procédure**
- al. 3 Sans changement.**
- al. 4 La preuve peut porter sur le contenu du droit étranger.**

Article 148 Fardeau de la preuve

La FSA saisit cette occasion pour souligner que le principe consacré par l'art. 8 CC (et dont le projet prévoit de modifier le texte) devrait être intégré dans la LPC, bien que son appartenance au droit matériel ou à la procédure soit controversée⁶.

Article 149 Administration des preuves

Il y aurait lieu de supprimer le premier alinéa de cette disposition qui fait double emploi avec l'art. 114 al. 1er AP tel que proposé ci-dessus ; les alinéas 2 et 3 subsistent.

Nous pensons en outre que devrait être souligné le droit des parties à ce que les preuves déterminantes soient administrées devant le tribunal au complet et proposons en conséquence que l'art. 149 soit complété par la disposition suivante :

Pour de justes motifs, l'administration d'une preuve peut être répétée devant le tribunal.

Article 150 Libre appréciation des preuves

L'art. 150 al. 2 est formulé de manière trop générale. Le tribunal ne doit pouvoir prendre en considération que la violation des obligations de collaborer (art. 152 AP), la destruction de preuves, le refus de déposer (art. 186 AP) ou la rétention de preuves.

L'art. 150 doit être complété dans ce sens.

Article 151 Conservation des preuves

Il convient de relever que le principe consacré par l'art. 151 al. 3 relève plutôt de la juridiction gracieuse et devrait donc être intégré aux dispositions régissant celle-ci.

Expertise hors procès

Il est indispensable que la LPC consacre l'institution de l'expertise hors procès. Celle-ci pourrait avoir la teneur suivante, combinaison des art. 249 du CPC VD et 226 CPC BE:

Art. 151 bis Expertise hors procès

Hors procès, une expertise peut être requise pour faire constater ou apprécier un état de fait de quelque nature qu'il soit, si le requérant rend vraisemblable qu'il y a un intérêt légitime.

⁶ Voir Poudret J.-Fr., Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1990, vol. II, rem. 4.2.2 ad art. 43.

Enregistrement d'opérations d'instruction

Nous suggérons d'insérer ici un nouvel article permettant, par exemple, d'enregistrer l'administration d'une preuve (témoignage ou inspection locale). Son texte pourrait être le suivant :

Article 151 ter Enregistrement d'opérations de l'instruction

- al. 1 **Le tribunal peut faire établir un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel de tout ou partie des opérations d'instruction auxquelles il procède.**
- al. 2 **Chaque partie peut demander qu'il lui en soit remis, à ses frais, un exemplaire, une copie ou une transcription.**

Section 2 *Droit de refuser de collaborer des parties*

Article 157 Droit restreint de refuser de collaborer

La situation des concupins séparés devrait également être mentionnée à l'art. 157 al. 1er lit.d AP.

Chapitre 3 Moyens de preuve

Article 159

Le principe du *numerus clausus* des moyens de preuves a fait l'objet d'après discussions. Au final, la FSA se prononce contre le principe du numerus clausus et propose en conséquence de reformuler l'art. 159 al. 1 AP de la manière suivante :

- al. 1 **Sont notamment admissibles comme moyens de preuve : ...**

Section 1 *Témoignage*

Article 160 Objet

Il y a lieu de supprimer la seconde partie de l'art. 160 AP : « ... sur des faits dont elle a eu une perception directe » : cette condition mise à la faculté d'être entendu comme témoin est de nature à entraîner des problèmes d'interprétation et des discussions stériles sur ce qu'il faut entendre par « perception directe ». Selon le principe général, le juge apprécie la valeur du témoignage « indirect ».

Article 162 Forme de l'audition

Terminologie : pour lever toute ambiguïté, l'art. 162 al. 2 AP doit être reformulé. Le témoin n'est évidemment pas entendu tout seul lorsqu'il témoigne.

- al. 2 **Chaque témoin est interrogé hors la présence des autres témoins ; la confrontation est réservée.**

Article 179 Investigations de l'expert

La FSA considère qu'en principe l'expert n'a pas à procéder à des investigations personnelles. Si le tribunal considère que de telles investigations sont toutefois nécessaires, celles-ci doivent dans tous les cas intervenir selon les règles de l'administration des preuves, sauf si les parties admettent expressément une délégation à l'expert ou que cette délégation soit dans l'intérêt de tiers (par ex. lors d'expertises psychiatriques).

Article 182 Expertise privée

Nous préconisons la suppression de cette disposition. Le dépôt d'une expertise privée n'appartient pas à la procédure probatoire mais à l'allégation des faits.

Witness statements

La FSA a examiné la possibilité de produire des witness statements. Aucune majorité claire ne s'est dégagée pour ou contre cette introduction. Finalement, la proposition suivante est faite :

Article 185 bis **Déclarations écrites tenant lieu de témoignage**

- al. 1 **Les déclarations écrites rédigées à la demande d'une partie par une personne pouvant être entendue comme témoin sont admises comme moyen de preuve sauf opposition d'une autre partie.**
- al. 2 **En cas d'opposition, le tribunal entend son auteur comme témoin.**

PARTIE 2 : Dispositions spéciales

Titre 1 **Procédure ordinaire**

Chapitre 1 **Procédure de conciliation**

Section 1 **Champ d'application et organisation**

Médiation

Consciente du rôle croissant que cette institution est appelée à jouer et pour donner la possibilité aux parties d'opter pour une médiation d'entrée de cause, la FSA propose d'ajouter la disposition suivante :

Article 191 bis

Mediation

- Abs. 1** Auf gemeinsames Begehren der Parteien tritt an die Stelle der Schlichtungsverhandlung eine Mediation.
- Abs. 2** Das Begehren ist mit dem ordentlichen Schlichtungsgesuch oder anlässlich der Verhandlung der Schlichtungsbehörde zu stellen. Die Schlichtungsbehörde kann den Parteien die Aufnahme einer Mediation empfehlen.
- Abs. 3** Die Organisation und die Durchführung der Mediation ist Sache der Parteien.
- Abs. 4** Das Schlichtungsverfahren ist bis zum Widerruf des Begehrens durch eine Partei oder bis zur Mitteilung der Beendigung der Mediation durch alle Parteien sistiert. Die Schlichtungsbehörde erlässt die notwendigen Verfügungen.
- Abs. 5** Der Fortgang des Schlichtungsverfahrens nach Aufhebung der Sistierung richtet sich ausgehend von den Ergebnissen der Mediation nach vorliegendem Gesetz.
- Abs. 6** Die Gerichtskosten sind entsprechend zu reduzieren.
- Abs. 7** Der Bundesrat kann Ausführungsbestimmungen erlassen.

Article 193 Exclusion de la procédure de conciliation

Il conviendrait de limiter dans le temps (par ex. une année) l'exclusion de la conciliation prévue à la lettre e du premier alinéa.

Section 2 Procédure

Article 198 Comparution personnelle

La FSA estime que les parties domiciliées hors du canton ou à l'étranger doivent également être dispensées de l'obligation de comparaître à l'audience de conciliation. Elle propose d'ajouter une lettre c à l'alinéa 3 dont la teneur serait la suivante :

- lit. c** les personnes qui ne sont pas domiciliées ou qui n'ont ni siège, ni succursale dans le canton où l'audience de conciliation a lieu.

En outre, la loi est muette sur les conséquences de la dispense, notamment celle prévue à l'alinéa 3 litt. b.

La représentation, par un avocat notamment, est-elle admissible ? Une détermination écrite est-elle possible ? Le demandeur est-il renvoyé à s'adresser directement au Tribunal ?

Article 200 Défaut

Il convient d'ajouter un alinéa 3 à cette disposition afin de renvoyer à la disposition que nous proposons sur les conséquences du défaut.

al. 3 **L'art. 143 est applicable par analogie.**

Section 3 **Clôture**

Article 203 Frais de Tribunal

Dans un but de clarté, il convient de parler, tant dans la note marginale que dans le texte lui-même de « frais de la procédure » en lieu et place de « frais de tribunal ».

Article 204 Proposition de jugement

Le système de la proposition de jugement doit être étendu à d'autres causes qui commencent par une procédure de conciliation. Un deuxième alinéa devrait donc être intercalé :

al. 1bis **Dans les autres cas, l'autorité de conciliation peut, à la demande des parties et si l'objet du litige relève de leur autonomie, soumettre une proposition de jugement.**

Chapitre 2 **Litispendance et désistement d'action**

Article 206 Début de la litispendance

Pour lever toute ambiguïté quant au début de la litispendance (dépôt de la requête de conciliation à la poste ou réception par l'autorité) nous estimons nécessaire de renvoyer à l'art. 135 al. 1er AP dans un troisième alinéa rédigé comme il suit:

al. 3 **Pour déterminer le moment de la création de l'instance, l'art. 135 al. 1er s'applique par analogie.**

Article 208 Effets de la litispendance

L'al. 2 de cette disposition nous paraît plutôt appartenir à l'art. 206.

Article 209 Conséquence du désistement d'action

Cette disposition devrait être supprimée si le nouvel art. 227 al. 3 proposé ci-dessous (et qui prévoit la même solution) est approuvé.

Chapitre 3 Procédure au fond

Section 1 Demande, réponse et demande reconventionnelle

Article 210 Demande

La FSA se prononce en faveur du système de l'art. 210 al. 3 AP qui prévoit que la partie « en droit » de la demande est facultative.

Article 211 Réponse

Nous considérons qu'il faut donner au juge le pouvoir d'appréciation nécessaire pour permettre au défendeur, si les circonstances le justifient, de limiter sa réponse aux seules questions de recevabilité. Nous renonçons à en faire un droit pour le défendeur afin d'éviter que celui-ci n'en abuse à des fins dilatoires.

La FSA propose donc de supprimer l'art. 211 al. 2 let. b et d'ajouter un quatrième alinéa dont la teneur serait la suivante :

- al. 4 S'il se limite dans sa réponse à se déterminer sur une question de recevabilité ou un moyen de défense au fond, le défendeur l'indique en tête de son acte. Le tribunal peut inviter en tout temps, d'office ou sur requête, le défendeur à se déterminer sur l'ensemble de ses moyens de défense.**

Une durée minimum du délai de trois semaines pour le dépôt de la réponse doit être prévue dans la loi.

Article 214 Réplique et duplique

Cette disposition a fait l'objet d'intenses discussions. La FSA considère qu'il fallait laisser au juge le soin de décider si un second échange d'écritures devait avoir lieu (alors que l'avant-projet donne le droit de répliquer et, en principe, de dupliquer). Souvent, le second échange d'écritures n'apporte pas d'éléments nouveaux tout en allongeant sensiblement le procès. La FSA propose donc le nouveau texte suivant:

- al. 1 Le tribunal peut ordonner un échange supplémentaire d'écritures (réplique et duplique).**

On pourrait en outre préciser que le juge doit ordonner cet échange supplémentaire lorsque le défendeur forme une demande reconventionnelle.

En revanche, deux conceptions se sont opposées et aucune majorité n'a réussi à se former en ce qui concerne l'alinéa 2 de cette disposition. Les uns ont soutenu l'avant-projet et la faculté pour le juge d'ordonner une réplique et une duplique orale lors des débats principaux alors que les autres, égaux en nombre, sont restés partisans de l'écrit.

Article 215 Faits et moyens de preuve nouveaux

La FSA se prononce contre la variante proposée sous lettre c.

Article 216 Modification de la demande

Une limitation des possibilités de modifications de la demande, après l'échange des écritures et l'administration des preuves nous paraît nécessaire.

Nous proposons donc l'adjonction à l'art. 216 d'un second alinéa, inspiré du § 61 ZPO ZH :

Abs. 2 **Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird.**

Section 2 ***Préparation des débats principaux***

Article 218 Ordonnance de preuves

La FSA est d'avis que l'ordonnance de preuves n'a en principe pas à désigner « la partie chargée de la preuve », au motif que cette question relèverait du droit matériel et devrait être tranchée avec le fond du litige⁷. La FSA propose donc que l'art. 218 al. 2 AP soit modifié de la manière suivante :

al. 2 **Les ordonnances de preuves désignent les faits à prouver et les moyens de preuve et fixent les avances de frais y relatives.**

Article 219 Ordonnance de preuves qualifiées

Nuançant ce qui vient d'être dit à propos de l'art. 218 AP et à titre de compromis, la FSA approuve l'art. 219 al. 1 lit. b AP. Cette *Kann-Vorschrift* permettra aux pratiques cantonales qui consacrent cette manière de faire de subsister. D'ailleurs, le système qui force le juge à se poser la question de la répartition du fardeau de la preuve de manière anticipée n'est pas dénué d'avantages.

Section 3 ***Débats principaux***

Article 222 Administration des preuves

La FSA se rallie au texte de l'avant-projet considérant sur la base des explications fournies par le Rapport que l'administration, une seconde fois, d'une preuve déjà administrée vise le cas où celle-ci l'a été antérieurement sur délégation (art. 149, appelé à disparaître selon la proposition de la commission, et 217 AP).

⁷ Sur cette question, voir Poudret J.-Fr, commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1990, vol. II, rem. 4.2.2 ad art. 43.

Article 224 Renonciation aux débats principaux

La FSA propose de modifier de la manière suivante le second alinéa de cette disposition :

- al. 2 **Si les deux parties lui en font la proposition, le tribunal fixe un délai pour le dépôt de plaidoiries écrites.**

Chapitre 4 Jugement

Section 1 Dispositions générales

L'avant-projet ne contient pas de disposition exposant de manière systématique les actes ou circonstances mettant fin à l'instance. Il ne contient que quelques dispositions isolées sur la répartition des frais (art. 98 al. 2 et 100 AP), le retrait d'une demande mal introduite (art. 207 AP) ou les effets du désistement (art. 209 AP). Nous sommes d'avis qu'il est nécessaire de compléter le projet sur ce point et d'y régler le principe du désistement (*Klageverzicht*), de l'acquiescement (*Klageanerkennung*), du procès devenu sans objet, de la transaction, voire de la péremption de l'instance par l'écoulement du temps, et cela en harmonie avec le système qu'instituera la future loi sur le Tribunal fédéral.

L'avant-projet pourrait notamment être complété/modifié de la manière suivante :

Chapitre 4 Actes mettant fin à l'instance

Section 1 Dispositions générales

Art. 227 Principes

al. 1 **L'instance prend fin :**

- a) **lorsque la cause devient sans objet,**
- b) **en cas de désistement,**
- c) **en cas d'acquiescement,**
- d) **par transaction,**
- e) **par jugement.**

al. 2 **La fin de l'instance au sens des lettres c et d de l'alinéa précédent suppose que la cause relève de la maxime de disposition.**

al. 3 **Le désistement, l'acquiescement et la transaction ont les mêmes effets qu'un jugement. L'article 207 est réservé.**

Section 2 : Le jugement

Le texte des articles 227 à 234 AP peut être repris sous réserve de ce qui est dit ci-dessous s'agissant notamment, de la force et de l'autorité de la chose jugée.

Article 227 al. 2

Pour éviter toute contradiction possible avec l'art. 49 al. 4, nous proposons la rédaction de l'art. 227 al. 2 suivante :

- al. 2 Les parties peuvent renoncer à assister à la délibération si le droit cantonal prévoit des délibérations publiques.**

Article 229 al. 2

Cette disposition n'a de sens que si un recours contre la décision peut également être interjeté devant le Tribunal fédéral, ce qui devrait être précisé.

Nous préconisons d'autre part l'introduction des dispositions nouvelles suivantes :

Section 3 : Les autres actes mettant fin à l'instance

Article X Cause devenue sans objet

- al. 1 Une cause devient sans objet si l'intérêt juridique à ce qu'elle soit jugée disparaît.**

- al. 2 Le tribunal le constate dans une décision de classement.**

Article X' Désistement et acquiescement

- al. 1 Le demandeur peut se désister.**

- al. 2 Le défendeur peut acquiescer aux conclusions dirigées contre lui.**

- al. 3 Le tribunal en prend acte dans une décision de classement.**

Article X'' Transaction

- al. 1 Les parties peuvent transiger.**

- al. 2 La transaction doit être conclue par écrit ou par dictée au procès-verbal.**

- al. 3 Sur requête des parties, le tribunal homologue la transaction pour valoir jugement.**

Section 2 *Notification, renonciation à recourir et entrée en force de la décision*

Il semble y avoir une contradiction entre les solutions prévues par l'art. 230 al. 3 (motivation écrite sur requête) d'une part et 231/232 AP (motivation écrite sauf renonciation à recourir), d'autre part.

Nous estimons par ailleurs plus simple de prévoir que la décision, dont seul le dispositif a été notifié aux parties, ne doit être motivée qu'en cas de requête expresse, respectivement de recours (et non pas chaque fois que les parties ne renoncent pas à recourir). Nous suggérons que le § 158 du *Gerichtsverfassungsgesetz* zurichois soit pris comme modèle.

Force et autorité de la chose jugée

Nous proposons que la note marginale de l'art. 234 soit modifiée en :

Force de chose jugée.

Nous préconisons d'ajouter un nouvel article après l'art. 234 AP dont la teneur serait la suivante:

Article 234 bis Autorité de la chose jugée

al. 1 Le jugement bénéficie de l'autorité de la chose jugée.

al. 2 Il empêche qu'une instance portant sur le même objet soit liée à nouveau entre les mêmes parties.

Titre 2 : Procédures spéciales

Article 236 Forme des actes

La FSA considère qu'il n'est pas opportun, ni d'ailleurs dans l'intérêt du justiciable d'encourager celui-ci à procéder sans l'assistance d'un mandataire professionnel, en mettant à sa disposition des formulaires de demande et de réponse. Elle est toutefois consciente qu'il s'agit-là d'un sujet éminemment politique et que cette tendance sera sans doute confirmée dans la future loi.

Article 237 Champ d'application

La FSA considère que la procédure simplifiée doit s'appliquer à des litiges définis non seulement par leur domaine juridique (bail à loyer, contrat de travail, etc.) mais également par leur valeur litigieuse, fixée de manière identique pour tous.

Nous suggérons donc de modifier le texte de l'art. 237 en ce sens et d'arrêter la valeur litigieuse à CHF 30'000.- pour tous les domaines, y compris les « autres affaires patrimoniales ».

Articles 238 et 239

Après le dépôt de la demande, la procédure simplifiée devrait être en principe orale, le défendeur étant invité à se déterminer et à présenter ses arguments à l'audience.

Par souci d'égalité entre les parties, notamment si le mémoire de demande est relativement développé, le défendeur doit avoir la possibilité de déposer une réponse écrite. S'il devait y renoncer mais que la complexité de l'affaire le justifie, le juge doit également avoir la faculté de l'inviter à déposer une réponse écrite, voire d'ordonner la production d'une réplique et d'une duplique.

Texte proposé :

- Art. 238 Vorladung zur Verhandlung**
- Abs. 1 Das Gericht stellt die Klageschrift der beklagten Partei zu und lädt gleichzeitig zur Hauptverhandlung vor.**
- Abs. 2 In der Hauptverhandlung werden die Vorträge zur Sache mündlich erstattet.**
- Art. 238 bis Der Beklagte kann bis Hauptverhandlung eine schriftliche Klageantwort einreichen.**
- Art. 239 Schriftliche Eingaben**
- Abs. 1 Das Gericht kann eine schriftliche Klageantwort einholen. Es setzt dafür eine Frist von höchstens einem Monat, welche nur aus wichtigen Gründen einmal und höchstens um 15 Tage erstreckt werden kann. Bei versäumter Klageantwort wird keine Nachfrist angesetzt.**
- Abs. 2 Lässt sich die Sache im mündlichen Verfahren nicht genügend darlegen, kann das Gericht schriftliche Replik und Duplik anordnen.**

Restitution de la chose dans les contestations en matière de bail

Nous proposons d'insérer une nouvelle disposition afin de permettre au juge saisi d'une requête en contestation de congé ou en prolongation de bail de statuer sur les conclusions du bailleur en restitution de la chose louée.

Texte proposé :

Art. 241 bis Restitution de la chose dans les contestations en matière de bail

Le tribunal saisi d'une procédure en contestation du congé ou en prolongation du bail statue également, à la demande du bailleur, sur la restitution de la chose. Il en fixe la date et les modalités en fonction du jugement qu'il rend sur les conclusions du locataire ou du fermier.

Chapitre 3 Procédure de divorce

La FSA se réfère expressément aux propositions et remarques faites, en son nom, par Me Vincenzo Amberg, avocat à Berne, lors de son audition par l'Office fédéral de la justice (voir annexe).

Section 1 Dispositions générales

Article 244 Preuve

La personne qui est intervenue en qualité de médiateur doit également être mentionnée : l'art. 244 al. 2 AP doit donc être complété de la manière suivante :

Al. 2 ... conjugaux ou familiaux ou en qualité de médiateur n'ont pas qualité ...

Chapitre 5 Procédure sommaire

Section 1 Champ d'application

Article 258 En général

La portée de l'art. 258 lit. e AP n'est pas claire. On voit d'autant moins le type d'hypothèses visées que le Rapport donne l'exemple de l'exercice du droit de réponse, alors que celui-ci est déjà mentionné à l'art. 259 ch. 1 AP. Cette disposition doit être supprimée.

Section 1 Procédure et décision

Article 264 Moyens de preuve

Le sens de l'art. 264 al. 2 lit. b AP qui ne trouve pas d'éclaircissement dans le Rapport, nous échappe.

Article 265 Décision

Nous approuvons la solution consacrée par l'art. 265 al. 2 AP et avons écarté une proposition consistant à permettre au juge de rendre sa décision oralement, les parties ayant la faculté de requérir une motivation écrite.

Nous estimons également nécessaire de préciser la portée de l'autorité de la chose jugée des décisions rendues au terme de la procédure sommaire en s'inspirant du Code de procédure zurichois (§ 212)

Section 3 Protection rapide dans les cas clairs

La FSA approuve l'introduction dans la LPC de ce type de procédure, inconnu des codes latins, mais consacré par de nombreuses législations alémaniques. Elle part de l'idée que cette procédure doit permettre non seulement d'obtenir l'exécution d'une obligation de faire (remise d'une chose, par exemple de documents, ou expulsion d'un locataire), mais également le paiement d'une somme d'argent (la *provision* du référé de droit français) soit d'une dette dont l'existence n'est pas sérieusement contestable (par ex. acompte à verser par l'assureur RC lorsque la responsabilité civile de son assuré est clairement engagée).

La FSA est consciente des limites du système qui en réduisent l'importance pratique, dans le domaine patrimonial particulièrement.

Article 267 Procédure et décision

La FSA considère que la procédure doit pouvoir être orale et propose donc de modifier l'al. 1er de cette disposition de la manière suivante :

- al. 1 Für das Verfahren gelten die Art. 261 bis 265. Das Gericht setzt der beklagten Partei eine kurze Frist zur Stellungnahme bzw. lädt kurzfristig zur mündlichen Verhandlung vor.**

L'al. 3 de cet article peut être supprimé si les précisions que nous souhaitons apporter à l'art. 265 y sont introduites.

Titre 3 : Mesures provisionnelles et mémoire préventif

Chapitre 1 Mesures provisionnelles

Article 275 Conditions et procédure

Cette disposition doit préciser que le requérant doit rendre vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite et la FSA propose en conséquence de la compléter comme il suit :

- Abs. 1 Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ihr ein Anspruch zusteht und dass ihr sonst ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.**

L'alinéa 3 devrait se référer non pas à la maxime inquisitoire, mais à la maxime d'office; c'est elle qui permet au juge d'allouer autre chose que ce qui est demandé, voire de statuer en l'absence de conclusion parce que les plaideurs n'ont pas la libre disposition de leurs droits (le texte allemand de l'avant-projet est exact : *Offizialgrundsatz*, mais le Rapport est erroné dans les deux langues).

Article 276 Objet

Tout en relevant – et en approuvant le fait – que l'énumération des mesures n'est pas limitative, nous suggérons de préciser sous lettre d nouvelle (l'actuelle lettre d devenant e) que la mesure peut également consister en l'obligation de verser une somme d'argent⁸, par exemple des contributions d'entretien quand la paternité du débiteur est avérée.

Le texte pourrait être le suivant :

- d. **die vorläufige Verurteilung zu einer Leistung in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen.**

Article 277 Mesures avant litispendance

La FSA est d'avis que l'exception à l'obligation de valider prévue à l'al. 2 de cette disposition n'est pas justifiée : il est douteux qu'une marchandise puisse être confisquée définitivement sur la base de mesures provisionnelles seulement. En revanche, il est vrai que le litige peut perdre son objet par ou après l'ordonnance de mesures provisionnelles, par ex. lorsque la requête tendait à participer à une foire-exposition durant quelques semaines. Dans ce cas, il n'y a pas lieu d'obliger le requérant à valider les mesures provisionnelles.

Nous proposons donc de supprimer le second alinéa et de reformuler l'art. 277 AP de la manière suivante :

Article 277 Mesures avant litispendance

Ist die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig, so setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei in der Regel eine Frist zur Einreichung der Klage, unter der Androhung, dass die angeordnete Massnahme sonst ohne weiteres dahinfalle.

Chapitre 2 Mémoire préventif

Article 285

La FSA approuve l'introduction de cette institution dans la LPC.

⁸ Voir sur cette question: Berti Stephen V., Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR1997 II p. 208 et Rüetschi David, Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, thèse Bâle 2002.

Titre 4: Recours

Chapitre 1 Dispositions générales

L'avant-projet propose trois voies de droit: l'appel en principe ouvert contre les décisions rendues au terme de la procédure ordinaire ou simplifiée, l'appel simplifié contre les jugements rendus en procédure sommaire et le recours limité au droit qui n'est en principe que subsidiaire.

La FSA peut se satisfaire de ce système à plusieurs voies. Elle renonce donc à proposer un seul recours, quels que soient le type de décision attaquée et la nature des motifs invoqués par le recourant.

Nous relevons toutefois que l'appel et l'appel simplifié se ressemblent à tel point que l'on peut douter de l'opportunité de prévoir deux voies de droit séparées. Les différences se limitent en effet au délai de recours (art. 292 et 293 d'une part, 301 AP d'autre part), et dont nous suggérons la suppression (ci-dessous) ainsi qu'à l'exclusion du recours joint (art. 305 AP) et à l'absence, en principe, de débats dans l'appel simplifié (art. 308 AP).

Par ailleurs, il est surprenant de constater que les délais proposés sont de 30 jours pour l'appel (art. 292 ; respectivement 10 + 20 jours selon la variante), de 10 jours, prolongeable, pour l'appel simplifié (art. 301) et de 20 jours pour le recours (art. 312). On voit mal ce qui justifierait cette diversité qui multiplie le risque d'erreur. Il faut prévoir un délai de même durée pour toutes les voies de droit.

Enfin, la FSA estime opportun d'introduire dans le titre traitant des recours une voie de droit destinée à régler les conflits de compétence négatifs intra- et intercantonaux. Les premiers seraient résolus par une juridiction cantonale, les seconds par le Tribunal fédéral. Cette disposition pourrait s'inspirer de l'art. 25 al. 1er CPC TI dont le texte dispose que : « *Quando un giudice dichiara la sua incompetenza e un altro giudice presso il quale la causa è stata riproposta si dichiara egli pure incompetente, la Camera civile di appello designa, su istanza di parte, il giudice competente* ».

Chapitre 2 Appel

La FSA se prononce en faveur de la variante 2 de l'avant-projet (déclaration d'appel suivie de la motivation). Ce système lui paraît le plus approprié, notamment dans les cas complexes.

Elle considère au surplus que l'appel doit être déposé auprès de l'autorité qui a statué. Le tribunal de première instance adresse alors à l'autorité de recours la déclaration de recours, le dossier de la procédure et indique si, selon elle, le recours a été interjeté à temps ou non.

Au surplus, et en raison de l'effet dévolutif du recours, nous considérons que l'autorité de première instance n'a pas à soumettre, cas échéant, d'observations.

Nous proposons donc le texte suivant :

Article 292 **déclaration d'appel**

- al. 1 **L'appel est interjeté par écrit dans les dix jours auprès de l'autorité qui a rendu la décision attaquée.**
- al. 2 **La déclaration d'appel indique la décision entreprise et les conclusions.**
- al. 3 **L'autorité de première instance notifie la déclaration d'appel aux autres parties et transmet, sans délai, à l'autorité de recours, la déclaration de recours, le dossier et son préavis sur l'observation du délai de recours.**

Article 293.1 Réponse

Terminologie : nous proposons de reformuler cette disposition de la manière suivante :

Article 293.1 **Réponse**

- al. 1 **À moins que l'appel ne soit manifestement irrecevable ou mal fondé, l'autorité de recours transmet la motivation aux autres parties et les invite à répondre par écrit ; l'appel joint est réservé.**
- al. 2 **L'art. 293 al. 1 et 2 s'appliquent par analogie au délai de réponse.**

Article 294 Effet suspensif

La FSA considère que la loi elle-même doit contenir les motifs pour lesquels l'autorité de recours peut retirer l'effet suspensif.

Au surplus, et dans la mesure où un retrait de l'effet suspensif est possible, il faut envisager l'hypothèse où un jugement serait rendu exécutoire en phase d'appel, mais annulé par la décision rendue sur appel, voire à l'issue de la procédure devant le Tribunal fédéral. Pour palier le risque d'un dommage irréparable, le juge devrait pouvoir subordonner ce retrait à la fourniture de sûretés.

Nous proposons donc que l'art. 294 soit rédigé de la manière suivante :

Article 294 **Effet suspensif**

- al. 1 **L'appel est suspensif dans la mesure de ses conclusions.**
- al. 2 **L'autorité de recours peut supprimer ou limiter l'effet suspensif, s'il devait entraîner un préjudice irréparable ou si l'appel apparaît manifestement irrecevable, mal fondé ou dilatoire.**
- al. 3 **Die Rechtsmittelinstanz kann den Entzug davon abhängig machen, dass der Gläubiger eine von ihr bestimmte Sicherheit leistet oder dem Gläubiger bloss gestatten, Betreuung auf Sicherheitsleistung einzuleiten.**

Article 297 Faits et moyens de preuve nouveaux

Nous proposons de modifier cette disposition de la manière suivante en y ajoutant un alinéa 1bis – afin d’éviter les manœuvres dilatoires – et en modifiant son alinéa 2, car on ne voit pas pourquoi les autres causes régies par la maxime d’office ne feraient pas l’objet du même traitement particulier.

- al. 1bis** **Une administration de preuve n'est ordonnée, sur le fond, que si le recourant rend vraisemblable ses griefs éventuels relatifs aux constatations de fait du tribunal inférieur.**

- al. 2** **Lorsque la maxime d'office est applicable, les faits et moyens de preuve ...[suite inchangée.]**

Chapitre 3 **Appel simplifié**

Vu les similitudes entre appel et appel simplifié, on pourrait éviter les redites en prévoyant dans un article introductif que :

Sous réserve des dispositions qui suivent, les art. 291 ss s’appliquent par analogie à l’appel simplifié.

Article 304 Effet suspensif

Cette disposition devrait être modifiée de la même manière et pour les mêmes raisons que l’art. 294 AP (voir ci-dessus).

Chapitre 4 **Recours limité au droit**

Article 312 Introduction du recours

Après discussion portant sur le point de savoir s’il convenait de séparer dépôt et motivation du recours ou d’exiger immédiatement la motivation de celui-ci, mais dans un délai plus long, la FSA opte pour le second terme de l’alternative et propose la disposition suivante:

- al. 1** **Le recours limité au droit doit être interjeté par écrit dans les 30 jours auprès de l'autorité de recours.**

- al. 2** **À peine d'irrecevabilité, il indique les motifs pour lesquels et la mesure dans laquelle la décision doit être réformée ou annulée. Il est accompagné de la décision attaquée.**

Article 318 Décision

Terminologie : nous proposons de reformuler l’alinéa 2 de cette disposition comme il suit :

- al. 2** En cas d'admission totale ou partielle du recours, l'autorité de recours annule la décision attaquée en tout ou partie et statue au fond si la cause est en état d'être jugée.

Chapitre 5 Révision

Article 319 Motifs de révision

Considérant que la commission d'une infraction ne doit pas constituer un motif spécifique de révision⁹, il est proposé de modifier l'art. 319 comme indiqué ci-dessous :

- al. 1** Une partie peut demander la révision d'une décision entrée en force au tribunal qui a statué en dernière instance si elle découvre une preuve concluante relative à un fait pertinent pour l'issue de la contestation qu'elle n'a pas été en mesure, sans faute de sa part, d'invoquer en temps utile.
- al. 2** La partie lésée par un désistement d'action, un acquiescement ou une transaction judiciaire invalide au regard du droit civil peut également en demander la révision.
- al. 3** La demande dirigée contre une décision finale se rapporte de plein droit aux décisions incidentes qui l'ont influencée si elles n'émanent pas d'une autorité supérieure à celle devant laquelle la demande est portée.

Article 320 Délais

Conséquence de la remarque faite ci-dessus, l'art. 320 devrait être modifié dans le même sens :

- al. 1** La demande en révision doit être introduite dans les trois mois qui suivent la découverte du motif de révision mais au plus tard dix ans après l'entrée en force de l'acte attaqué.
- al. 2** Si la décision a été influencée par un crime ou un délit, le délai pour en demander la révision est celui de la prescription pénale.

Instruction et débats

L'avant-projet est muet sur la procédure à suivre en cas de demande de révision. Nous estimons qu'il est nécessaire de compléter l'avant-projet comme il suit :

⁹ Sur la question, voir Schweizer Philippe, Le recours en révision spécialement en procédure civile neuchâteloise. Thèse Neuchâtel 1985.

Article 322 bis Instruction et débats

- al. 1 Le procès en révision est instruit et débattu selon la procédure applicable à l'instance dont est issu l'acte attaqué. Le recourant invoque les moyens de preuve dont il entend se prévaloir et joint ceux qu'il détient à son mémoire.
- al. 2 Le tribunal peut écarter sans communication préalable à la partie adverse une demande en révision évidemment irrecevable ou mal fondée.

Titre 5 : Exécution

Chapitre 1 Exécution des décisions

La procédure d'exequatur, telle que prévue à ce chapitre ne paraît pas appropriée pour les décisions rendue en application de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

La FSA propose donc que l'exécution de ces décisions soient soumises à la procédure sommaire (articles 285 et ss AP), et qui permet également de prendre des mesures d'exécution dans la décision elle-même. Une disposition dans ce sens pourrait prendre place avant l'article 255 AP.

Un droit de recours devrait également être spécialement introduit. La disposition de l'article de 330 AP est contraire à la Convention précitée, qui institue des moyens plus larges. En outre, il faut garder à l'esprit que la procédure en vue du retour d'un enfant ne présuppose pas l'existence d'une décision étrangère exécutoire.

Article 325 Champ d'application

La formulation de l'art. 325 al. 3 AP n'est pas satisfaisante car l'exécution des décisions étrangères condamnant au paiement d'une somme d'argent est régie par la LP et non pas par les lois de procédure civiles¹⁰. Il convient donc de modifier cette disposition :

- al. 1 et 2 [inchangés]
- al. 3 **Die Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung ausländischer Entscheide, die weder Geldforderungen noch Sicherheitsleistungen in Geld betreffen, richten sich nach diesem Titel, soweit weder ein Staatsvertrag noch die Artikel 25-32 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht etwas anderes bestimmen.**

¹⁰ Staehelin Daniel, in Staehelin/Bauer/Staehelin (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bâle Genève Munich 1998, rem. 59 ad art. 80.

- al. 4 **Ein ausländischer Entscheid über Geldforderungen oder Sicherheitsleistungen in Geld kann nach den Bestimmungen dieses Titels für vollstreckbar erklärt werden. Über die Vollstreckbarerklärung kann auch im Rechtsöffnungsverfahren gemäss Art. 80 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs entschieden werden.**

Chapitre 2 Exécution de titres authentiques

La FSA salue l'introduction projetée dans la LPC d'une procédure permettant l'exécution des titres authentiques. Elle considère toutefois que ceux-ci ne doivent pas faire l'objet d'un traitement privilégié par rapport aux décisions judiciaires. Or, tel est le cas selon l'avant-projet puisque le créancier au bénéfice d'un titre authentique muni de la clause d'exécution peut requérir la saisie ou la notification de la commination de faillite sans poursuite préalable.

Il conviendrait dès lors de mettre jugements civils et titres authentiques exécutoires sur un pied d'égalité et de prévoir en particulier que ceux-ci constituent un titre à la mainlevée définitive. Ce système permettrait de se passer de la délivrance de la clause d'exécution par l'officier public, ce qui paraît préférable puisque celui-ci n'est évidemment pas en mesure de statuer sur l'exigibilité de la dette et les autres conditions d'exécution au terme d'une procédure contradictoire; contrairement au juge de la mainlevée qui peut être amené à procéder à cet examen par exemple en présence d'un jugement conditionnel.

Partie 3 : Arbitrage interne

La FSA renonce à prendre position, ici, en détail, sur les articles 347 à 388 AP. Certains de ses membres ont été appelés à siéger au sein de la sous-commission d'experts « Arbitrage ».

Elle approuve les dispositions proposées.

Berne, le 15 février 2004

Pour la Fédération Suisse des Avocats

La Présidente:

Le Secrétaire général:

Annexe mentionnée